



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38650
Telefax: (43 01) 4000 99 38650
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-041/036/8692/2017-15
A. C.

Wien, 27.10.2017
Sc

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Fritz über die Beschwerde des (am ...1975 geborenen) Herrn A. C., wohnhaft in K., T., vertreten durch Rechtsanwalt, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 04.12.2016, ZI. MBA ... - S 48913/16, betreffend Übertretungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes, nach am 13.09.2017 durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung, zu Recht erkannt:

A)

Gemäß § 50 VwGVG wird der (in diesem Punkt auf die Bekämpfung der Strafhöhe eingeschränkten) Beschwerde hinsichtlich des Spruchpunktes I. des angefochtenen Straferkenntnis insofern Folge gegeben, als die sieben Geldstrafen von je 3.000,-- Euro auf je 500,-- Euro (zusammen: 3.500,-- Euro) und die für den Fall der Uneinbringlichkeit festgesetzten sieben Ersatzfreiheitsstrafen von je 1 Woche und 12 Stunden auf je 2 Tage (zusammen: 2 Wochen) herabgesetzt werden.

Die Strafnorm lautet: § 7i Abs. 1 letzter Satz des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) iVm § 7i Abs. 1 erster Strafsatz AVRAG (idF vor dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 44/2016).

Dementsprechend verringert sich (zu Spruchpunkt I. 1) bis 7)) der erstinstanzliche Kostenbeitrag gemäß § 64 Abs. 2 VStG von je 300,-- Euro auf je 50,-- Euro (zusammen: 350,-- Euro), das sind 10% der nunmehr verhängten Geldstrafen.

Die S. S.R.L. haftet für die über Herrn A. C. verhängten Geldstrafen von insgesamt 3.500,-- Euro und die Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt 350,-- Euro, sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand.

B)

Im Übrigen (also soweit es die Übertretungen des § 7i Abs. 5 AVRAG betrifft) wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis in seinem Spruchpunkt II. aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren zu diesem Punkt gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG eingestellt.

Zu A) und B)

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG wird dem Beschwerdeführer kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Unter dem Datum des 04.12.2016 erließ der Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, gegen den Beschwerdeführer (Bf) ein Straferkenntnis, dessen Spruch folgenden Wortlaut hat:

„I) Sie haben als das gemäß § 9 Abs.1 VStG 1991 zur Vertretung nach außen berufene Organ der S. s.r.l mit Sitz in ..., Rumänien, welche von der B.-Bauges.m.b.H für das Gewerk „Wärmedämmverbundsystem-Fassade“ beauftragt wurde, zu verantworten, dass die S. s.r.l als Arbeitgeberin im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 entgegen § 7d AVRAG, wonach während des Zeitraumes der Entsendung insgesamt (§ 7b Abs. 4 Z 6) der Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (§ 7b Abs. 1 Z 4), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitsaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten sind, auch wenn die Beschäftigung des/der einzelnen Arbeitnehmers/in in Österreich früher geendet hat, am 04.07.2016 auf der Baustelle „Thermische Sanierung“ in Wien, R.-gasse und somit während des Zeitraumes der Entsendung folgende Lohnunterlagen: teilweise Arbeitsverträge, Unterlagen betreffend die Lohneinstufung, Lohnzettel, Lohnaufzeichnungen, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Arbeitszeitaufzeichnungen für folgende Arbeitnehmer

1) -7)

Name SV-Nr Geb.datum	ausgeübte Tätigkeit auf der Baustelle	Berufs- ausbildung	Monatslohn in € für die Tätigkeit in Österreich	Arbeitszeit Wo/Std Mo-Fr	Auf der Baustelle seit	Aufwandersatz für die Tätigkeit in Österreich	Zulagen
Br. M., 03.04.1990	Fassada ²	Ja	EUR 1.200,00 netto	Mo bis Fr 8 Std 40	11.06.2016	Ja	Nein
C. I., 27.04.1984	Helfa	Nein	EUR 1.200,00 netto	Mo bis Fr 8 Std 40	16.06.2016	Nein	Nein
P.I., 28.02.1976	Helfa	Ja	EUR 1.200,00 netto	Mo bis Fr 8 Std 40	11.06.2016	Nein	Nein
Sa.Co., 12.11.1989	Fassada	Ja	EUR 1.200,00 netto	Mo bis Fr 8 Std 40	11.06.2016	Nein	Nein
Se.So., 28.06.1983	Fassada	Ja	EUR 1.200,00 netto	Mo bis Fr 8 Std 40	11.06.2016	Nein	Nein
Sop. I., 22.12.1979	Fassada	Ja	EUR 1.200,00 netto	Mo bis Fr 8 Std 40	11.06.2016	Nein	Nein
T.D., 27.05.1974	Fassada	Fassada	EUR 1.200,00 netto	Mo bis Fr 8 Std 40	16.06.2016	Nein	Nein

die nach eigenen Angaben seit 11.06.2016 Arbeitnehmer 1) 3) 4), 5) 6) und seit 16.06.2016 und Arbeitnehmer 2) und 7) als Helfer (2 und 3) und Fassader (Kleben und Dübeln von Wärmedämmplatten an der Fassade-Wärmedämmverbundsystem- Fassadenarbeiten) auf dieser Baustelle beschäftigt waren, nicht bereitgehalten hat und diese Unterlagen (Arbeitsverträge/Dienstzettel, Lohnunterlagen für Juni 2016 sowie Arbeitszeitaufzeichnungen bis zum 04.07.2016) der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) auch trotz Aufforderung (das Aufforderungsschreiben wurde am 04.07.2016 dem Arbeitnehmer Herrn T. zur Übergabe an den Arbeitgeber durch den Baustellenerheber persönlich überreicht) nicht nachweislich bis zum Ablauf des der Aufforderung durch die BUAK zweitfolgenden Werktags, nämlich bis zum 06.07.2016, an diese übermittelt hat, - wobei für die

Übermittlung der Lohnunterlagen für Juni 2016 sowie die Arbeitszeitaufzeichnungen bis zum 04.07.2016 (das sind Lohnzettel, Lohnaufzeichnungen, Lohnzahlungsnachweise/Banküberweisungsbeleg und Arbeitszeitaufzeichnungen des aktuellen Lohnmonats) eine Frist bis zum 20. des Folgemonats eingeräumt worden ist - und diese Unterlagen der BUAK bis zum 20. des Folgemonats (20.08.2016) nicht übermittelt worden sind (Die Unterlagen wurde bis zur Anzeigenlegung 23.09.2016 nicht übermittelt).

II) Sie haben als gemäß § 9 Abs.1 VStG 1991 zur Vertretung nach außen berufene Organ der S. s.r.l mit Sitz in ..., Rumänien zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin ohne Sitz in Österreich, welche nicht Mitglied einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft in Österreich ist, folgende Arbeitnehmer

1) -7)

Br. M., 03.04.1990
C. I., 27.04.1984
P. I., 28.02.1976
Sa. Co., 12.11.1989
Se. So., 28.06.1983
Sop. I., 22.12.1979
T.D., 27.05.1974

mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich und zwar auf der Baustelle „Thermische Sanierung“ in Wien, R.-gasse, in der Zeit von 11.06.2016 bis 04.07.2016 betreffend 1), 3), 4), 5), 6) und betreffend 2) und 7) als Fassader/Helfer beschäftigt hat, ohne diesen Arbeitnehmern zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten, als unten angeführte sieben Arbeitnehmer laut ihren Angaben 40 Stunden pro Woche auf dem verfahrensgegenständlichen Bauvorhaben tätig waren und vergleicht man die sich aus den von den Arbeitnehmern angegebenen Nettomonatslöhnen ergebenden Bruttostundenlöhne mit den, den Arbeitnehmern entsprechend dem Kollektivvertrag zumindest zustehenden Bruttostundenlöhnen, sich folgende Unterentlohnung für diese Arbeitnehmer ergibt:

1)-7)

Arbeitnehmer	Kollektivvertrag	Einstufung	KollIV-Bruttostundenlohn	Ausbezahlter Bruttostundenlohn	Unterentlohnung
Br. M.	Kollektivvertrag für Stuckateure-, Gipser- und Fassadergewerbe (Bauhilfsgewerbe) Wien, 2016	Fassader	13,27	9,87	25,62%
C. I.		Hilfsarbeiter	10,45	9,87	5,55%
P. I.		Hilfsarbeiter	10,45	9,87	5,55%
Sa. Co.		Fassader	13,27	9,87	25,62%
Se. So.		Fassader	13,27	9,87	25,62%
Sop. I.		Fassader	13,27	9,87	25,62%
T. D.		Fassader	13,27	9,87	25,62%

obwohl laut dem anzuwendenden Kollektivvertrag für Stuckateure-, Gipser- und Fassadergewerbe (Bauhilfsgewerbe) Wien, 2016 die in der Tabelle ersichtlichen Bruttostundenlöhne gebührt hätten und sich somit die in der Tabelle angeführten Unterentlohnungen ergeben.

zu I) 1)-7) § 7d Abs.1 in Verbindung mit § 7h Abs. 2 und § 7i Abs. 1 letzter Satz Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 in der geltenden Fassung iVm § 9 Abs. 1 VStG

zu II) 1)-7) § 7i Abs.5 in Verbindung mit § 7 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 in der geltenden Fassung iVm § 9 Abs. 1 VStG

zu I) 1)-7) gemäß § 7i Abs. 1 erster Strafsatz, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG.

zu II) 1)-7) gemäß § 7i Abs.5, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, AVRAG

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

zu I) 1)-7) § 7d Abs.1 in Verbindung mit (iVm) mit § 7h Abs. 2 und § 7i Abs. 1 letzter Satz Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 in der geltenden Fassung iVm § 9 Abs. 1 VStG

zu II) 1)-7) § 7i Abs.5 in Verbindung mit § 7 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 in der geltenden Fassung iVm § 9 Abs. 1 VStG

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

ad I) 7 Geldstrafen von je € 3.000,00, falls diese uneinbringlich sind, 7 Ersatzfreiheitsstrafen von je 1 Woche und 12 Stunden

ad II)

1.) Geldstrafe von € 3.500,00, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Woche, 1 Tag und 18 Stunden

2.) Geldstrafe von € 2.500,00, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Tagen und 6 Stunden

3.) Geldstrafe von € 2.500,00, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Tagen und 6 Stunden

4.) Geldstrafe von € 3.500,00, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Woche, 1 Tag und 18 Stunden

5.) Geldstrafe von € 3.500,00, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Woche, 1 Tag und 18 Stunden

6.) Geldstrafe von € 3.500,00, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Woche, 1 Tag und 18 Stunden

7.) Geldstrafe von € 3.500,00, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Woche, 1 Tag und 18 Stunden

Summe der Geldstrafen: € 43.500,00

Summe der Ersatzfreiheitsstrafen: 3 Monate, 2 Wochen, 4 Tage und 18 Stunden

zu I) 1)-7) gemäß § 7i Abs. 1 erster Strafsatz, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG.

zu II) 1)-7) gemäß § 7i Abs.5 AVRAG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

ad I.) 1)-7) € 2.100,00.

ad II)

1) € 350,00,

2) € 250,00,

3) € 250,00,

4) € 350,00,

5) € 350,00,

6) € 350,00,

7) € 350,00

Summe der Strafkosten: € 4.350,00

als Beitrag zu den Kosten der Strafverfahren, d.s. 10% der Strafen (mindestens jedoch € 10,00 je Übertretung).

Die zu zahlenden Gesamtbeträge (Strafen/Kosten) betragen daher

ad I) 1)-7) € 23.100,00,

ad II)

1) € 3.850,00

2) € 2.750,00

3) € 2.750,00

4) € 3.850,00

5) € 3.850,00

6) € 3.850,00

7) € 3.850,00

Summe der Strafen und Strafkosten: € 47.850,00

Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

Die S. S.R.L. haftet für die mit diesem Bescheid über den zur Vertretung nach außen Berufenen, Herrn A. C. verhängte Geldstrafe von

I) 1)-7) € 21.000,00

II)

1) € 3.500,00

2) € 2.500,00

3) € 2.500,00

4) € 3.500,00

5) € 3.500,00

6) € 3.500,00

7) € 3.500,00

und die Verfahrenskosten in der Höhe von

I) 1)-7) € 2.100,00

II)

1) € 350,00

2) € 250,00

3) € 250,00

4) € 350,00

5) € 350,00

6) € 350,00

7) € 350,00 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs.7 VStG zur ungeteilten Hand."

Zur Begründung des Straferkenntnisses stützte sich die belangte Behörde auf die Anzeige der BUAK sowie darauf, dass der Bf von der ihm eingeräumten Möglichkeit zur Stellungnahme keinen Gebrauch gemacht habe. Auch die subjektiven Voraussetzungen für die Strafbarkeit seien zweifelsfrei erwiesen. Im Übrigen begründete die belangte Behörde noch ihre Strafbemessung näher.

Die belangte Behörde veranlasste dann die Zustellung des Straferkenntnisses an eine (am rumänischen Firmenbuchauszug als Wohnadresse aufscheinende) Anschrift in K., S.-straße. Die (das Straferkenntnis enthaltende) Sendung wurde nach einem erfolglosen Zustellversuch am 20.10.2016 beim Postamt hinterlegt und lag dort vom 21.10.2016 an zur Abholung bereit (die Sendung wurde als „Nicht behoben“ an die belangte Behörde retourniert). In seiner Eingabe vom 05.05.2017 wies der – nunmehr anwaltlich vertretene – Bf darauf hin, dass er in K., S.-straße schon seit vielen Jahren keinen Wohnort mehr habe. Die Zustellung sei somit nicht rechtswirksam erfolgt. Aus einem Auszug aus dem Zentralen Melderegister geht hervor, dass der Bf seit 02.06.1993 in K., T. mit Hauptwohnsitz gemeldet ist. Über hg. Nachfrage teilte die Stadtgemeinde K. mit Schreiben vom 10.07.2017 mit, dass der Bf nach wie vor an der Adresse in K., T. aufhältig sei. Der zuständige Richter hat dann bei der Vermieterin (Ma. O.) angerufen und teilte diese am 13.07.2017 mit, dass der Bf in ihrem Haus wohne und täglich dort sei. Es ist nun unverständlich, aus welchem Grund die belangte Behörde die Zustellung des Aufforderungsschreibens und des Straferkenntnisses nicht an die Wohnadresse (laut Melderegister) veranlasst hat, sondern an eine unüberprüft gebliebene, in einem rumänischen Firmenbuchauszug aufscheinende Adresse. Das Straferkenntnis vom 04.12.2016 wurde letztlich am 15.05.2017 an den Bf zu Händen seines ausgewiesenen Rechtsanwaltes ordnungsgemäß zugestellt.

In seiner gegen das Straferkenntnis vom 04.12.2016 erhobenen Beschwerde brachte der Bf vor, es sei ihm unverständlich, warum ihm die Behörde für die Bereithaltung der in § 7d AVRAG angesprochenen Lohnunterlagen verantwortlich mache, richte sich diese rechtliche Verpflichtung doch ausschließlich an den (inländischen) Beschäftiger, nicht aber an den (ausländischen) Überlasser. Bereits aus diesem Grunde hätte nach dieser Bestimmung in Verbindung mit dem Spruch des angefochtenen Bescheides schon dem Grunde nach keine Bestrafung erfolgen dürfen. Vor allem aber sei das Erfordernis, diese Unterlagen vorzuweisen, niemals und von niemandem an ihn herangetragen worden, weder vom Beschäftiger (B. Bauges.m.b.H.) noch der belangten Behörde und schon gar nicht von der BUAK, die diesbezüglich im Spruch des angefochtenen Bescheides erwähnt sei. Der in diesem Zusammenhang angeführte Arbeitnehmer „Herr T.“ sei zwar bei ihm beschäftigt, spreche aber kein Wort Deutsch und habe den

angeblichen „Auftrag“ der Behörde nicht einmal ansatzweise verstanden, wenn dieser überhaupt tatsächlich in der beschriebenen Form an ihn herangetragen worden sein sollte. Wäre der Auftrag zur Übermittlung der Lohnunterlagen ordnungsgemäß und nachweislich ihm zur Kenntnis gelangt, dann hätte er die angeforderten Unterlagen jederzeit problemlos übermitteln können.

Zu Punkt II. des angefochtenen Bescheides werde vorgebracht, dass die insgesamt sieben angeführten Arbeitnehmer keineswegs „unterentlohnt“ worden seien und zwar weder im verfahrensgegenständlichen Zeitraum noch davor oder danach. Ihm sei nicht einsichtig, wie die Behörde auf die angeführten Stundensätze komme, tatsächlich würden die Arbeitnehmer nämlich deutlich über der Mindestgrenze des jeweils anzuwendenden Kollektivvertrages entlohnt. Zum Beweis lege er folgende Unterlagen vor (Lohn/Gehaltsübersicht für Juni bis August 2016, Lohnzahlungsbestätigungen für die sieben gegenständlichen Arbeitnehmer für Juni bis August 2016). Aus diesen Unterlagen gehe der jeweilige Brutto- bzw. Nettolohn pro Monat für die genannten Arbeitnehmer hervor, wobei sich die Beträge in rumänischen Lei verstehen und ca. um den Faktor 4,3 reduziert werden müssten, um die relevanten Beträge in Euro zu errechnen. Der Arbeitnehmer I. Sop. habe z.B. im Monat Juni 2016 ein Bruttolohn von 12.508,-- Lei bezogen, dies entspreche 8.773,-- Lei bzw. 1.940,07 Euro netto. Den Erhalt des Monatsnettolohns hat der Arbeitnehmer Sop. im Feld „Semnatura“ mittels eigenhändiger Unterschrift bestätigt. Ihm sei daher völlig unklar, wie die Behörde überhaupt auf eine verwaltungsstrafrechtlich relevante „Unterentlohnung“ gekommen sei, selbst nach dem österreichischen Kollektivvertrag liege vielmehr eine deutliche Überentlohnung vor, sodass der ihm vorgeworfene Verwaltungsstraftatbestand schon in objektiver Hinsicht nicht erfüllt sein könne. Hätte ihn die Behörde zeitgerecht und ordnungsgemäß zur Vorlage dieser Lohnunterlagen (im Sinne des § 7d Abs. 1 AVRAG) aufgefordert, wäre der gegenständliche Vorwurf leicht zu entkräften gewesen.

Zu dieser Beschwerde gab die BUAK mit Schreiben vom 24.07.2017 eine Stellungnahme ab.

Das Verwaltungsgericht Wien führte am 13.09.2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der der Bf, der in Begleitung von Herrn Mag. N. (für ...)

als seinem Rechtsvertreter erschienen war und Frau Ka. Pu. für die BUAK teilnahmen und in der (im Beisein einer Dolmetscherin für die rumänische Sprache) Herr D. T. und Herr G. Po. als Zeugen einvernommen wurden.

Der Bf gab bei seiner Einvernahme an, er sei auch auf der gegenständlichen Baustelle gewesen. Sie hätten dort insgesamt drei Wochen lang gearbeitet. Sie hätten auf der Baustelle länger arbeiten sollen als ausgemacht und sei aufgrund dessen das Ganze passiert. Herr T. habe ihm das Aufforderungsschreiben nicht gegeben. Er sei nicht jeden Tag auf der Baustelle gewesen. Er habe andere Baustellen auch besucht. Mit dem Auftraggeber habe er das erste Mal zu tun gehabt. Er habe bis zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht gewusst, dass man Arbeitszeitaufzeichnungen in deutscher Sprache aufliegen haben müsse. Herr T. sei der Vorarbeiter von ihm gewesen.

Der Vertreter des Bf gab dann an, da zu Punkt I. Übertretungen nach § 7i Abs. 1 letzter Satz AVRAG angelastet worden seien, würde zu diesem Punkt die Beschwerde auf die alleinige Bekämpfung der Strafhöhe eingeschränkt werden.

Die Vertreterin der Amtspartei gab an, sie könne aufgrund fehlender Stundenaufzeichnungen keine Überprüfungen vornehmen, wie viele Stunden die Personen in Österreich gearbeitet haben bzw. in Rumänien. Aufgrund der Gesamtbeträge alleine könnte aber eine Unterentlohnung nicht angenommen werden. Bezüglich z.B. des zweitgenannten Arbeitnehmers gab der Bf an, dieser sei von der Baustelle weggegangen und habe von Rumänien angerufen. Er habe die Sekretärin angerufen und ihr gesagt, sie solle es stoppen. Dieser sei in der Zwischenzeit wieder zurückgekommen. Er habe dann nicht nach Rumänien angerufen. Der Lohn sei ausbezahlt worden.

Herr G. Po. gab bei seiner Einvernahme als Zeuge Folgendes an:

„Ich habe damals mit Herrn T. gesprochen, der Geschäftsführer war nicht auf der Baustelle. Die der Anzeige angeschlossenen Unterlagen waren auf der Baustelle und wurden von uns kopiert. Wir haben einen Handscanner. Entweder waren die Unterlagen auf der Baustelle vorhanden oder haben sie uns die Arbeiter gezeigt. Die Arbeiter haben Formulare in ihrer Muttersprache ausgefüllt. Herr T. hat gebrochen Deutsch gesprochen und hat die anderen Arbeiter beim Ausfüllen unterstützt. Sie haben alle, ob Helfer oder Facharbeiter 1.200,-- Euro Lohn hingeschrieben. Deshalb war der Verdacht auf Unterentlohnung von mir

begründet. Den Arbeitsbeginn haben sie auch hingeschrieben. Ich habe dann das Aufforderungsschreiben ausgefüllt, weil die Lohnunterlagen ja gefehlt haben und diese haben wir angefordert. Ich habe Herrn T. das Aufforderungsschreiben auch unterschreiben lassen. Es war eine normale Kontrolle.“

Herr D. T. machte bei seiner Einvernahme als Zeuge die folgenden Angaben:

„Ich war dort nur der Arbeiter, ich war der Älteste. Ich habe die Berufsschule gemacht und nach der Berufsschule einen Kurs. Ich habe Schlosser und Mechaniker gelernt. Ich kann mich nicht mehr genau erinnern, ich war glaublich 2 bis 3 Wochen auf dieser Baustelle. Wenn hier keine Arbeit ist, dann arbeiten wir auch in Rumänien. Die Unterschrift bei meinem Lohnzettel stammt von mir. Wir wollten das Geld in der Hand haben und haben wir es bar ausbezahlt bekommen. In der zweiten Zeile heißt es Stundenanzahl und Gehalt pro Stunde. Die Unterschrift auf dem Aufforderungsschreiben ist von mir, ob ich es dem Chef gegeben habe, weiß ich aber nicht.

Über Befragen des BfV:

Den Betrag habe ich ausbezahlt bekommen.

Über Befragen der Vertreterin der BUAK::

Auf die Frage, welcher Bruttostundenlohn vereinbart war in Österreich, gebe ich an, wir haben einen Pauschallohn vereinbart, wenn es regnet können wir nicht arbeiten. Es war 1.200 Euro vereinbart.

Was war darin enthalten?

8 Stunden pro Tag bis Freitag, 39 Stunden

Wenn wir hier arbeiten, haben wir eine Mietwohnung, am Wochenende fahren wir nach Rumänien. Momentan habe ich eine Wohnung und teilen wir zu zweit die Miete.“

Die Vertreterin der BUAK beantragte in ihrem Schlusswort wie schriftlich ausgeführt, es möge die Beschwerde abgewiesen werden. Der Vertreter des Bf beantragte ebenfalls wie schriftlich und verwies auf die Unbescholtenheit des Bf. Die anwesenden Parteien verzichteten auf die mündliche Verkündung der Entscheidung.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Zu Punkt A); Übertretungen des § 7d Abs. 1 iVm § 7i Abs. 1 letzter Satz AVRAG (Spruchpunkt I. Punkte 1) bis 7) des angefochtenen Straferkenntnisses):

Die Beschwerde richtet sich hinsichtlich des Punktes I. des angefochtenen Straferkenntnisses ausdrücklich nur mehr gegen die Höhe der verhängten Strafen. Das Verwaltungsgericht Wien hat somit bezüglich dieses Punktes nur den Ausspruch über die verhängten Strafen zu prüfen.

§ 7d Abs. 1 AVRAG idF vor dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 44/2016 („Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen“) lautete wie folgt:

„(1) Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 haben während des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 7b Abs. 4 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (§ 7b Abs. 1 Z 4), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten, auch wenn die Beschäftigung des/der einzelnen Arbeitnehmers/in in Österreich früher geendet hat. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Ist die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Aufforderung nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen“

§ 7h AVRAG in der genannten Fassung („Feststellung von Übertretungen durch den Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungskasse“) lautete wie folgt:

„(1) Stellt die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse im Rahmen ihrer Tätigkeit fest, dass der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in im Sinne des Abschnitts I BUAG oder im Sinne des § 33d BUAG nicht zumindest das ihm/ihr nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt im Sinne des § 7i Abs. 5 unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien leistet, gilt § 7e Abs. 3, Abs. 4 letzter Satz und Abs. 5 mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Kompetenzzentrums LSDB die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse tritt.

(2) Die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse ist im Rahmen ihrer Tätigkeit berechtigt, die Bereithaltung der Unterlagen nach den §§ 7b Abs. 5 und 7d zu überwachen, Einsicht zu nehmen und Abschriften dieser Unterlagen anzufertigen und deren Übermittlung zu fordern, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Erfolgt bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten die Kontrolle nicht am ersten Arbeits(Einsatz)ort, sind die Unterlagen der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.“

Gemäß § 7i Abs. 1 AVRAG i.d.F. vor dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 44/2016 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit Geldstrafe von 500,-- Euro bis 5.000,-- Euro, im Wiederholungsfall von 1.000,-- Euro bis 10.000,-- Euro zu bestrafen, wer die erforderlichen Unterlagen entgegen § 7d Abs. 1 oder § 7f Abs. 1 Z 3 nicht übermittelt. Ebenso ist zu bestrafen, wer entgegen § 7g Abs. 2 oder § 7h Abs. 2 die Unterlagen nicht übermittelt.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Anzumerken ist, dass die belangte Behörde im Spruch des Straferkenntnisses zwar anführt, am 04.07.2016 seien näher angeführte Lohunterlagen nicht bereitgehalten worden, durch den Hinweis auf § 7i Abs. 1 letzter Satz AVRAG brachte die Behörde aber hinreichend klar zum Ausdruck, dass der Tatvorwurf in die Richtung geht, der Bf habe entgegen § 7h Abs. 2 AVRAG die angeforderten Unterlagen nicht übermittelt. Die Bestrafung hat somit nach § 7i Abs. 1 letzter Satz AVRAG (mit einem Strafsatz von 500,-- Euro bis 5.000,-- Euro für jeden Arbeitnehmer) zu erfolgen. Die Arbeitnehmer haben nach den unbestrittenen Feststellungen der belangten Behörde am 11.06.2016 bzw. 16.06.2016 auf der gegenständlichen Baustelle mit ihren Arbeiten begonnen. Da die Lohnabrechnung und die Lohnauszahlung für diesen ersten Monat ihrer Tätigkeit auf der Baustelle erst im Juli 2016 erfolgt ist, konnten daher am 04.07.2016 (einem Montag) die

Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege (eben für den Monat Juni 2016) noch nicht am Arbeitsort bereitgehalten werden. Es ist in diesem Zusammenhang auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage für die Novelle BGBl. I Nr. 94/2014 (319 BlgNR. 25. GP, 7) hinzuweisen, in der betont werde, es würden in § 7d Abs. 1 erster Satz AVRAG (der Wortlaut stimmt mit der zur Tatzeit geltenden Fassung überein)

„die von dem/der Arbeitgeber/in bereitzuhaltenden Lohnunterlagen nun ausdrücklich aufgezählt. Damit wird allfälligen Zweifeln dahingehend entgegengewirkt, ob im Einzelfall das Bereithalten gewisser Lohnunterlagen unter Berücksichtigung des im Verwaltungsstrafverfahren eine besondere Determinierung verlangenden Bestimmtheitsgebots des Art. 18 B-VG von § 7d AVRAG umfasst ist. Durch die ausdrückliche Aufzählung der bereitzuhaltenden Lohnunterlagen ist dem/der Normunterworfenen jedenfalls hinsichtlich sämtlicher Lohnunterlagen das gesollte Verhalten eindeutig erkennbar. Dass dieses Verhalten sich nur auf jene Lohnunterlagen bezieht, welche bereits vorliegen können (so werden etwa Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für eine bestimmte Lohnzahlungsperiode im Regelfall nicht vor deren Ende existieren können), versteht sich schon aufgrund von Natur und Zweck der Unterlagen und deren umfassten Nachweise.“

Die dem Bf zur Last gelegte Taten schädigten in nicht unerheblichem Maße das durch die Strafdrohung geschützte Interesse an einer effizienten Kontrolltätigkeit der Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungskasse. Es war daher der objektive Unrechtsgehalt der Übertretungen an sich, selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, nicht unerheblich.

Das Verschulden des Bf konnte nicht als gering eingestuft werden, da weder hervorgekommen ist noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe, oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können. Der Bf hätte sich als Arbeitgeber über die Verpflichtungen nach dem AVRAG zu informieren und auf dem Laufenden zu halten gehabt. Er hätte rechtzeitig dafür sorgen müssen, dass – bei Kontrollen bzw. nach Aufforderung zur Vorlage – die entsprechenden Unterlagen vorhanden sind bzw. übermittelt werden können. Allein auf seinen Vorarbeiter hätte sich der Bf nicht verlassen dürfen. Mit der Abwesenheit des Betriebsinhabers vom Betrieb (Baustelle) - sei es wegen Krankheit oder aus anderen Gründen - muss gerechnet werden. Die Möglichkeit einer solchen Abwesenheit ist daher nichts Unvorhersehbares. Der Betriebsinhaber muss daher Vorkehrungen treffen, die

sicherstellen, dass im Fall seiner Abwesenheit die Verwaltungsvorschriften eingehalten werden (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 11.07.1996, ZI. 95/07/0208). Es wäre Sache des Bf gewesen, von sich aus darzulegen, dass er seinen Betrieb so organisiert hat, dass auch im Falle seiner Abwesenheit die Verwaltungsvorschriften eingehalten werden. Ein solches Vorbringen hat der Bf im gesamten Verwaltungsstrafverfahren aber nicht erstattet. Der Bf hat im gesamten Verwaltungsstrafverfahren auch weder behauptet noch unter Beweis gestellt, dass er geeignete Maßnahmen getroffen hat, um die Einhaltung der von ihm – allenfalls – erteilten Anweisungen zwecks Beachtung der Vorschriften des AVRAG zu gewährleisten, insbesondere welche Kontrollen er eingerichtet und welche wirksamen Schritte er für den Fall von ihm festgestellter Verstöße auf diesem Gebiet in Aussicht gestellt und unternommen hat, um derartigen Verstößen vorzubeugen (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 26.09.1991, ZI. 91/09/0040). Es konnte somit im Beschwerdefall nicht davon ausgegangen werden, dass der Bf ein ausreichend funktionierendes Kontrollsystem bezüglich der Einhaltung der Vorschriften des AVRAG eingerichtet hat.

Ein Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z. 4 iVm § 45 Abs. 1 Schlusssatz VStG idF gemäß BGBl. I Nr. 33/2013 (entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 21 Abs. 1 VStG) kam im vorliegenden Fall nicht in Betracht, weil die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden der Beschuldigten nicht als gering angesehen werden konnten. Das tatbildmäßige Verhalten des Bf blieb nämlich keinesfalls erheblich hinter dem in der gegenständlichen Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurück.

Bei der Strafbemessung wurde als mildernd berücksichtigt, dass der Bf zur Tatzeit noch verwaltungsstrafrechtlich unbescholten gewesen ist. Erschwerungsgründe sind im Verfahren keine hervorgekommen. Da dieser eine Milderungsgrund aber nicht als überwiegen iSd § 20 VStG angesehen werden konnte, war daher von der Möglichkeit der außerordentlichen Milderung der Strafe in keinen der sieben Fälle (Punkt I. des angefochtenen Straferkenntnisses) Gebrauch zu machen.

Hinsichtlich der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse ging das

Verwaltungsgericht Wien von den eigenen Angaben des Bf aus (Einkommen von ca. 3.000,-- bis 4.000,-- Euro netto monatlich, kein Vermögen, sorgepflichtig für ein Kind).

Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und auf den von 500,-- Euro bis 5.000,-- Euro reichenden gesetzlichen Strafsatz (erster Strafsatz des § 7i Abs. 1 AVRAG) sind die nunmehr verhängten Strafen in der Höhe von je 500,-- Euro (das sind die Mindestgeldstrafen) durchaus angemessen und keineswegs zu hoch. Strafen in dieser milden Höhe sollten (bei erstmaliger Tatbegehung) jedenfalls ausreichend sein, um den Bf künftig von gleichartigen Verwaltungsübertretungen abzuhalten.

Die Kostenentscheidungen gründen sich auf § 64 Abs. 2 VStG und auf § 52 Abs. 8 VwGVG. Der Haftungsausspruch stützt sich auf § 9 Abs. 7 VStG.

Zu Punkt B); (Übertretungen des § 7i Abs. 5 AVRAG (Punkt II. 1) bis 7) des angefochtenen Straferkenntnisses):

§ 7i Abs. 5 bis Abs. 7 AVRAG in der Fassung vor dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 44/2016 lauteten wie folgt:

„(5) Wer als Arbeitgeber/in einen/e Arbeitnehmer/in beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm/ihr zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor. Auf Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag beruhende Überzahlungen bei den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgeltbestandteilen sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen. Hinsichtlich von Sonderzahlungen für die in § 7g Abs. 1 Z 1 und 2 genannten Arbeitnehmer/innen liegt eine Verwaltungsübertretung nach dem ersten Satz nur dann vor, wenn der/die Arbeitgeber/in die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer/innen betroffen, beträgt die Geldstrafe für jede/n Arbeitnehmer/in 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall 4 000 Euro bis 50 000 Euro.

(5a) Die Strafbarkeit nach Abs. 5 ist nicht gegeben, wenn der/die Arbeitgeber/in vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung nach den §§ 7f bis 7h die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt nachweislich leistet.

(6) Stellt die Bezirksverwaltungsbehörde fest, dass

1. der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich leistet, und
2. die Unterschreitung des nach Abs. 5 Z 1 maßgeblichen Entgelts unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien gering ist oder
3. das Verschulden des/der Arbeitgebers/in oder des/der zur Vertretung nach außen Berufenen (§ 9 Abs. 1 VStG) oder des/der verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs. 2 oder 3 VStG) leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt,

hat sie von der Verhängung einer Strafe abzusehen. Ebenso ist von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührende Entgelt vor der Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde nachweislich leistet und die übrigen Voraussetzungen nach dem ersten Satz vorliegen. In Verwaltungsstrafverfahren nach Abs. 5 ist § 45 Abs. 1 Z 4 und letzter Satz VStG nicht anzuwenden. Weist der/die Arbeitgeber/in der Bezirksverwaltungsbehörde nach, dass er/sie die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt geleistet hat, ist dies bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen.

(7) Die Frist für die Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs. 1 VStG) beträgt drei Jahre ab der Fälligkeit des Entgelts. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, beginnt die Frist für die Verfolgungsverjährung im Sinne des ersten Satzes ab der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung. Die Frist für die Strafbarkeitsverjährung (§ 31 Abs. 2 VStG) beträgt in diesen Fällen fünf Jahre. Hinsichtlich von Sonderzahlungen beginnen die Fristen nach den beiden ersten Sätzen ab dem Ende des jeweiligen Kalenderjahres (Abs. 5 dritter Satz) zu laufen.

...“

Dem gegenständlichen Verfahren liegt eine Anzeige der BUAK vom 23.09.2016 zugrunde. Danach habe am 04.07.2016 in Wien, R.-gasse „Thermische Sanierung“ eine Kontrolle stattgefunden. In der Anzeige ist festgehalten worden, bei welchen Tätigkeiten die Arbeitnehmer (sieben rumänische Staatsbürger) angetroffen worden seien. Es war dann vermerkt worden, welche Unterlagen nach § 7d Abs. 1 AVRAG nicht vorhanden gewesen seien. Auch eine an Herrn T. ausgefolgte Aufforderung zur Vorlage von Unterlagen ist erwähnt worden (dazu

mehr oben unter Punkt A); bezüglich dieses Punktes ist die Beschwerde auf die Bekämpfung der Strafhöhe eingeschränkt worden).

Die BUAK brachte aber auch zur Anzeige, dass es auf der gegenständlichen Baustelle bei den angeführten Dienstnehmern zu einer Unterentlohnung gekommen sei. Laut den Ergebnissen der Baustellenkontrolle würden die Arbeitsverhältnisse dem Kollektivvertrag für Stuckateur-, Gips- und Fassadenarbeiter (Bauhilfsgewerbe) Wien 2016 unterliegen. Die Arbeitnehmer hätten angegeben, als Fassader und Hilfsarbeiter 40 Stunden pro Woche bei dem gegenständlichen Bauvorhaben zu arbeiten und 1.200,-- Euro netto monatlich zu verdienen. Aufgrund der Ergebnisse der Baustellenkontrolle würden die Arbeitnehmer zumindest als Fassader und Hilfsarbeiter eingestuft. Laut den vorliegenden Arbeitsverträgen zur Arbeitsleistung im Ausland samt Anlagen sei mit den Arbeitnehmern ein Monatslohn von „Minimum“ 1.500,-- Euro, unabhängig von ihrer Tätigkeit, vereinbart worden, wobei nicht vermerkt sei, ob es sich dabei um einen Brutto- oder Nettomonatslohn handle. Die Arbeitsverträge von Herrn C. und Herrn P. fehlten. Mit den Arbeitnehmern Sa., T. und Sop. sei zwar eine Tätigkeit als Maler, mit Herrn Br. und Herrn Se. eine Tätigkeit als Hilfsarbeiter vereinbart worden, die BUAK gehe bei der Einstufung aufgrund der Ergebnisse der Baustellenkontrolle bei diesen Arbeitern jedoch von einer Tätigkeit als Fassader aus. Laut den ZKO 3 Meldungen seien die Arbeiter als Fassadenhelfer mit einem Lohn von 1.600,-- Euro eingestuft. Diese Angaben stimmten weder mit den Angaben der Arbeitnehmer noch mit den Arbeitsverträgen überein.

Die BUAK folge betreffend den ausgezahlten Lohn vollinhaltlich den Angaben der Arbeiter, da keine Lohnunterlagen vorliegen würden bzw. übermittelt worden seien. Somit sei eine stichhaltige Überprüfung der Angaben aufgrund fehlender Lohnunterlagen nicht möglich. Darüber hinaus weise die BUAK, den Lohnangaben der Arbeitnehmer folgend, darauf hin, dass dies für die Firma des Bf günstiger sei, als von den in den Arbeitsverträgen und ZKO 3 Meldungen angegebenen Löhnen auszugehen. Vergleicht man bei den Arbeitern den sich aus dem angegebenen Nettomonatslohn ergebenden Bruttostundenlohn (ausgehend von 40 Wochenstunden) mit dem den Arbeitnehmern entsprechend dem Kollektivvertrag zumindest zustehenden Bruttostundenlohn, ergebe sich eine

näher dargestellte Unterentlohnung (wie im Spruch des Straferkenntnisses ausgeführt). Weiters war noch Folgendes zu den internen Berechnungen angeführt:

„Die internen Berechnungen (Umrechnung) der BUAKE enthält allerdings nicht alle rumänischen Abzüge, weshalb sich Differenzen ergeben können. Die BUAKE-interne Berechnung ergab bei einem Nettomonatslohn von EUR 1.200,00 einen Bruttomonatslohn von EUR 1.585,04. Nach einer ergänzenden Internetrecherche der BUAKE ergeben EUR 1.200 netto jedoch EUR 1.710,93 brutto. Die BUAKE folgt daher der für den Beschuldigten günstigeren Annahme von einem Bruttomonatslohn von EUR 1.710,93. Eine in der Lohnverrechnung gängige Umrechnung vom Monatslohn auf den Wochenlohn erfolgt mit dem Teiler von 4,33. Der Wochenlohn kann dann durch die Anzahl der Wochenstunden dividiert werden, um den Stundenlohn zu erhalten (Monatslohn = Stundenlohn * wöchentliche Arbeitsstunden * 4,33). Der Faktor 4,33 ist ein Wert aus der Lohnverrechnung und ergibt sich dadurch, dass 4,33 Wochen für einen Monat eine Schnitt-Berechnung über das gesamte Jahr ist, weil einige Monate kürzer und andere länger sind.“

Anzumerken ist, dass die Arbeiter nach den unbestrittenen Feststellungen der belangten Behörde ihre Tätigkeit auf der gegenständlichen Baustelle am 11.06.2016 bzw. 16.06.2016 aufgenommen haben. Am 04.07.2016 fand die Kontrolle statt. Für den Juli 2016 sind also nur relevante Tätigkeiten am 01.07.2016 und 04.07.2016 nachweisbar; keine Hinweise gibt es auf eine darüber hinausgehende Tätigkeit der Ausländer im Juli 2016. Im vorliegenden Fall wurden etwa Stundenaufzeichnungen nicht vorgelegt bzw. übermittelt, auch konnten (die Abrechnung aufgrund der geleisteten Stunden wird erst im nachfolgenden Monat erfolgen) noch keine Lohnzettel vorgelegt werden. Es erfolgte daher (unter Punkt I des Straferkenntnisses) eine Bestrafung, weil Unterlagen entgegen § 7h Abs. 2 AVRAG nicht vollständig übermittelt worden sind.

Die BUAKE hat sich nun aber veranlasst gesehen, aufgrund der ihr vorliegenden Unterlagen und der Angaben der Arbeitnehmer (diese sprachen von einer Entlohnung von 1.200,-- Euro) Berechnungen anzustellen, die nach Ansicht der BUAKE eine Unterentlohnung ergeben haben. Nach § 7i Abs. 5 AVRAG ist der Arbeitgeber strafbar, der einen Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt zu leisten. Im vorliegenden Fall ist zu bedenken, dass die Arbeitnehmer nicht den gesamten Juni 2016 und schon gar nicht den gesamten Juli 2016 auf der

Baustelle gearbeitet haben, sodass aus den Angaben der Arbeitnehmer, sie würden in einem Monat einen bestimmten Geldbetrag erhalten, nur darauf spekuliert werden kann, ob in diesem (Netto- bzw. Brutto-) Betrag auch eine ordnungsgemäße Entlohnung für ihre Tätigkeit in Österreich enthalten ist oder nicht.

Der Bf wurde – wie erwähnt – dafür bestraft, dass er näher angeführte Unterlagen nicht fristgerecht übermittelt hat (insbesondere Arbeitszeitaufzeichnungen). Der Bf hat dann als Beilage zu seiner Beschwerde eine Lohnübersicht der Dienstnehmer für Juni 2016 bis August 2016 vorgelegt (und Lohnzahlungsbestätigungen). Aus diesen Lohnzetteln kann nun nicht entsprechend differenziert werden, dass ein bestimmter Betrag (der letztlich ausbezahlte Monatslohn) auf die Tätigkeit in Österreich entfallen würde und der restliche Betrag deren Tätigkeit noch (wieder) in Rumänien umfassen würde. Es mag nun schon zutreffen, wie die BUAK in ihrer Stellungnahme zur Beschwerde vom 24.07.2017 ausgeführt hat, dass es bei einer Umrechnung der Monatslöhne in einen Stundenlohn zu Bruttostundenlöhnen in einer Höhe von etwa 23,-- Euro (wie bei Herrn Sop.) kommen würde, was die BUAK als „zweifelhaftes“ Ergebnis bezeichnet hat. Es mögen diese Bedenken nun alle nicht von der Hand zu weisen sein, doch ist letztlich zu bedenken, dass Zweck der Regelungen des AVRAG ist, Lohn- und Sozialdumping zu verhindern, weil dadurch nicht nur Arbeitnehmern das ihnen zustehende Entgelt für die erbrachte Leistung vorenthalten, sondern auch ein fairer Wettbewerb zwischen den Unternehmen untergraben wird. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn für die rechtmäßige Entlohnung von Arbeitskräften effiziente und durchsetzbare Kontrollmechanismen bestehen und im Falle von Übertretungen wirksame Sanktionen zur Verfügung stehen (siehe das Erkenntnis des VwGH vom 10.06.2015, ZI. 2013/11/0121).

Wenn nun entsprechende Unterlagen fehlen, um den „geleisteten“ Lohn (für die Beschäftigungszeiten in Österreich) nachrechnen zu können, dann gibt es im AVRAG Strafbestimmungen (siehe z.B. § 7i Abs. 4 Z. 1 AVRAG), die gleich hohe Strafsätze vorsehen, wie wenn es zu einer tatsächlichen Unterentlohnung gekommen ist. Wenn nun die Vertreterin der Amtspartei in der mündlichen Verhandlung angibt, sie könne aufgrund fehlender Stundenaufzeichnungen keine Überprüfungen vornehmen, wie viele Stunden die Personen in Österreich

gearbeitet haben bzw. in Rumänien, aufgrund der Gesamtbeträge alleine könne aber eine Unterentlohnung nicht angenommen werden, so ist anzumerken, dass wegen der fehlenden Stundenaufzeichnungen der Bf ohnehin bestraft wird. Die Frage, ob der Tatbestand des § 7i Abs. 5 AVRAG verwirklicht wurde (hier: in sieben Fällen), erfordert eine Gegenüberstellung des „zustehenden Entgeltes“ einerseits mit dem von der rumänischen Firma tatsächlich bezahlten Lohns andererseits (hierfür wurden eben im Verfahren die Lohnzettel vorgelegt, wobei Möglichkeiten, die Richtigkeit solcher im Ausland angefertigter Urkunden zu überprüfen, beschränkt sind). Einer der Arbeiter, Herr T. wurde in der mündlichen Verhandlung als Zeuge einvernommen und merkte er auf Befragen des Vertreters des Bf an, dass er den auf den Lohnzettel aufscheinenden Betrag auch ausbezahlt bekommen habe.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die den Bf unter Punkt II. des Straferkenntnisses Punkte 1) bis 7) zur Last gelegten Taten nicht erwiesen werden konnten, weil - ausgehend von den auf den Lohnzetteln für die Arbeitnehmer aufscheinenden Beträgen – nicht mit der für eine Bestrafung erforderlichen Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass für die Dauer ihrer Tätigkeit in Österreich eine Unterentlohnung iSd § 7i Abs. 5 AVARG vorgelegen wäre (zu beachten ist nämlich, dass die Arbeitnehmer im Juni 2016 nicht ganz drei Wochen bzw. zwei Wochen und im Juli 2016 nur zwei Tage in Österreich gearbeitet haben; aus den vorgelegten Lohnzetteln lässt sich nicht entnehmen, welcher Teil des Lohnes die Tätigkeit in Österreich und welcher Teil die Tätigkeit in Rumänien betrifft). Nur wenn die Ausländer – was im vorliegenden Fall aber nicht anzunehmen war – ein ganzes Monat in Österreich gearbeitet hätten, dann könnte aus den für ein ganzes Monat vorzulegenden Lohnzetteln Rückschlüsse auf den tatsächlich geleisteten Lohn für die Tätigkeit in Österreich geschlossen werden. Im vorliegenden Fall kann nun allein aus den im Verfahren vorgelegten Lohnzetteln (mit den dort aufscheinenden Gesamtbeträgen) nicht auf eine Unterentlohnung der sieben Dienstnehmer für die Beschäftigungszeit in Österreich geschlossen werden.

Es war daher bezüglich des Punktes II. Punkte 1) bis 7) der Beschwerde – im Zweifel für den Beschuldigten - Folge zu geben, das angefochtene

Straferkenntnis in diesem Punkt aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren spruchgemäß einzustellen.

Die Kostenentscheidung gründet sich zu diesem Punkt auf § 52 Abs. 8 VwGVG.

Zu Punkte A) und B):

Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, weil sich keine über die Bedeutung des Einzelfalls hinausgehenden Rechtsfragen stellten.

B e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Auf das Recht, Beschwerde oder außerordentliche Revision zu erheben, kann auch ausdrücklich verzichtet werden. Dabei ist der Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, der Verzicht auf die Beschwerde dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde durch die verzichtende Partei nicht mehr zulässig ist. Wird der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder niederschriftlich widerrufen werden.

Hinweis

Mit der rechtskräftigen Bestrafung ist die Eintragung des Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die Evidenz verbunden.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Fritz
Richter